

LA TEORIA GIURIDICA POST-MODERNA FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

di Francesco Viola

L'ambiguità, che è propria del mondo post-moderno, porta in sé sia la considerazione di questo come esito ultimo e strettamente consequenziale di un processo proveniente da lontano, sia il tentativo di recuperare quanto era stato scartato dalla selezione teorica e culturale. Il mondo post-moderno guarda al passato almeno tanto quanto è proiettato verso il futuro. Ciò che appare una novità è spesso il recupero della ricchezza problematica delle origini perdutasi ad opera del rigore metodico teso ad omogeneizzare l'eterogeneo e a separare ciò che è unito. Il post-moderno tende al contrario ad azzerare le dicotomie per cogliere la loro vitalistica interconnessione. Di conseguenza c'è da aspettarsi una paradossale compresenza di analisi estremamente sofisticate e metodologicamente consapevoli e d'intuizioni originarie dense di suggestioni, ma confuse e generiche.

Nell'ottica di questo orizzonte culturale intendo sviluppare un parziale confronto tra alcuni aspetti dell'attuale considerazione sociologica del diritto e alcuni aspetti dello sviluppo attuale della scienza giuridica. Si tratta di osservazioni molto approssimative e decisamente controvertibili.

Vorrei prendere le mosse dalla convinzione, qui proposta come ipotesi di lavoro, che «per molti aspetti» la teoria sociologica appare oggi molto più legata alla tradizione del pensiero giuridico dell'età della codificazione di quanto non lo sia oggi la stessa scienza del diritto. Di conseguenza acquista una certa rilevanza la questione del senso e dei limiti di una riproposizione della tematica delle origini del nostro pensiero giuridico all'interno di una teoria post-moderna del diritto.

La recente contrapposizione tra mondo della vita e sistemi auto-poietici¹ può servire da base per mostrare questo collegamento della

Relazione presentata nel Convegno «L'individuo nelle scienze sociali e nella cultura giuridica contemporanea» (Palermo, 3-4 aprile 1987).

¹ Cfr. N. Luhmann, *Die Lebenswelt — nach Rücksprache mit Phänomenologen*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1986 (72), pp. 176-194.

problematica sociologica attuale con il pensiero giuridico della tradizione ottocentesca.

Non è qui certamente il caso di tentare un orientamento tra le varie raffigurazioni intuitive del mondo della vita, che stentano a raggiungere un assetto accettabile di chiarificazione concettuale e oscillano tra l'originaria apprensione fenomenologica della filosofia della coscienza (Husserl), la rappresentazione del mondo nel suo stadio «pratico» preproposizionale come armatura indiscussa di sostegno dell'individuo e dell'intersoggettività (Wittgenstein), e la concezione di una riserva di sapere, di convinzioni di sfondo, che rendono possibile l'incontro comunicativo, il discorso, l'intendersi e l'accordo (Habermas). Nonostante la profonda differenza tra queste ben diverse concezioni del mondo della vita, ognuna di esse va alla ricerca di una nuova precomprensione, di un nuovo orizzonte costitutivo di senso. In campo giuridico si tratta in realtà di un tentativo di recuperare ciò che è stato scartato dall'evoluzione del concetto di «sistema giuridico»² e che è ancor meno tollerato dagli sviluppi più recenti della teoria dei sistemi. Ma la tematica del mondo della vita si presta ad una varietà di usi in ragione della varietà di accentuazioni che essa può assumere. Uno di essi si muove nella direzione di un recupero di quella problematica ormai tramontata e ruotante intorno ai tradizionali concetti di "ordine" e di "ordinamento".

È noto che ormai non ha alcun senso distinguere "ordinamento" da "sistema" giuridico³. Il primo ha assunto un significato vago e generico, che conserva a fatica un riferimento al diritto come oggetto determinato e compatto, mentre il secondo non designa più soltanto una costruzione concettuale, ma, anche in seguito agli apporti sociologici, designa un processo operativo nel contesto sociale. A questo punto ogni motivo di distinzione dell'uno dall'altro è venuto meno ed è senza dubbio preferibile usare l'espressione più tecnicizzata e significativa di "sistema". Tuttavia a questo s'è giunti dopo una lunga evoluzione del concetto di ordinamento giuridico che ha visto esaurirsi progressivamente la sua ragion d'essere originaria.

Ritengo che abbia senso distinguere "ordinamento" da "sistema" giuridico solo se il primo lo si riferisce unicamente alla precomprensione che del diritto positivo ha il giurista della età della codificazione. L'apprensione del diritto come ordinamento è costitutiva della stessa possibilità della scienza giuridica, perché manifesta l'unità di

² Cfr. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Reidel, 1987, pp. 230-236.

³ G. Tarello, *Il diritto come ordinamento*, in *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 51.

un campo d'esperienza che altrimenti non potrebbe mai assurgere ad oggetto di scienza. Che il diritto positivo sia qualcosa che si presuppone già ordinato nella sua effettività e vigenza ha per il giurista la stessa importanza che il principio di uniformità della natura ha per il fisico⁴. La precomprensione ordinamentale del diritto non è ovviamente una teoria, ma un'idea vaga e confusa in ragione della multilateralità concettuale e della sua pregnanza. Essa non chiude l'accesso ad una pluralità di soluzioni e risultati, né conduce necessariamente verso una determinata teoria del diritto. Possiamo a questo proposito usare l'espressione wittgensteiniana di *Weltbild* (*world-picture*), che non deve essere inteso come un sistema coerente e stabile di proposizioni, ma come un quadro dai confini sfumati e incerti.

Il sistema giuridico è, invece, nella cultura della codificazione l'ordine che al diritto dà la scienza giuridica. Dietro il sistema giuridico c'è sempre in qualche modo l'opera della scienza, anche quando d'esso è inteso in senso oggettivo⁵. L'ordine sistematico, comunque venga inteso, reca indelebilmente impressi i caratteri propri della nostra mente, del modo umano di pensare, e conseguentemente anche dell'intervento dell'osservatore sull'oggetto della sua conoscenza.

Mentre la precomprensione è un'anticipazione cognitiva di ciò che si presume come condizione non disponibile di possibilità del nostro operare concettuale, la sistematicità è il modo stesso di questo operare, cioè il processo costruttivo a cui vengono sottoposti gli oggetti della nostra conoscenza. Per la scienza giuridica le origini del concetto di "sistema" sono chiaramente cognitive.

Se è vero che l'uso di "ordinamento" si esercita nell'orizzonte della precomprensione, allora l'accostamento con il «mondo della vita» non deve considerarsi temerario. Tuttavia c'è da ricordare che la precomprensione ordinamentale del diritto è stata storicamente fagocitata dalla teoria del sistema giuridico. Di conseguenza un ritorno per altra via e sotto altro nome alla precomprensione ordinamentale del diritto dovrebbe evitare il ripristino di quelle condizioni che hanno nel diritto codificato fin dall'origine posto le premesse della piena colonizzazione del mondo della vita da parte del sistema.

La precomprensione ordinamentale del diritto positivo ha avuto una sua storia particolare nell'ambito della cultura della codificazione. Possiamo dire in generale che questa storia è contrassegnata da un progressivo restringimento degli orizzonti della precomprensione.

⁴ I. Jenkins, *Social Order and the Limits of Law. A Theoretical Essay*, Princeton, N.J. Princeton Univ. Press, 1980, pp. 5 e ss.

⁵ «*Rechtswissenschaft ist systematisch oder sie ist nicht*». H. J. Wolff, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in «*Studium Generale*», 1952 (5), p. 205.

L'ordinamento giuridico è nell'Ottocento sempre più inteso come assetto determinato e circoscritto di norme, rapporti, istituzioni. È

l'*Ordnung* nazionale e politico vagheggiato da Beseler, lo Stato raffigurato da Bluntschli come organismo, visto da Gerber come fatto naturale e unità politica, da Laband come una rete neutrale di procedure a sostegno della fattualità del potere, da Santi Romano come espressione dell'operatività delle forze sociali e della loro costituzione in entità autonome ed organizzate. Ciò che all'origine era una *condizione* del pensiero giuridico è divenuta così una *situazione*, i cui elementi sono per definizione limitanti e restrittivi. Questo processo è stato attivato dal concorso congiunto del valore politico della certezza, che non tollera l'indeterminatezza originaria ed esige un'articolazione quanto più possibile elaborata e precisa delle regole giuridiche, e dell'istanza metodologica della scienza giuridica, che tende a cancellare dai processi reali tutto quanto sfugge alla presa cognitiva della sistematicità.

C'è il rischio, pertanto, che la tematica del mondo della vita sia nella sostanza l'inizio di un nuovo processo del tutto simile a quello già verificatosi nel pensiero giuridico dell'Ottocento fino a Kelsen. Si potrebbe, infatti, ritenere che questa logica inesorabile della progressiva concentrazione fattualistica dell'ordinamento e della sua sostituzione con i meccanismi sistemici fino alla più recente totale internalizzazione autopoietica sia strettamente connessa con la nostra cultura giuridica. Credo, al contrario, che, se riconsideriamo le origini di questa cultura, il panorama risulti molto più vario e articolato e che la strada successivamente intrapresa sia solo una delle possibili direttrici di marcia, senza dubbio reiterabile.

Mi riferirò qui soltanto al pensiero di Savigny, che considero altamente emblematico e ricco di una grande capacità germinativa, ma proprio per questo molto confuso e impreciso. Non desidero ovviamente enfatizzare eccessivamente l'importanza di questo giurista per una teoria giuridica post-moderna. Tuttavia non esito ad affermare che tutta la storia successiva del pensiero giuridico fino ai nostri giorni mi appare ricca di elementi che hanno tutti in qualche modo un certo riscontro nel pensiero di Savigny, ivi comprese la tematica del mondo della vita e la più recente svolta in senso autopoietico della teoria dei sistemi. L'interesse, che una riconsiderazione del pensiero di Savigny può significare per l'interpretazione del mondo post-moderno, è ovviamente rappresentato dalla compresenza all'interno dello stesso orizzonte concettuale di istanze di varia natura, che in seguito, approfondendosi in senso selettivo, assumeranno direzioni contrapposte, dando luogo a quelle scissioni e dicotomie esiziali per la modernità.

Che nel pensiero di Savigny vi sia una ben precisa anticipazione della tematica del mondo della vita è molto facile mostrarlo.

L'*Ordnung*, a cui pensa Savigny, non è certamente l'ordine socio-economico, né l'assetto istituzionale di uno Stato; si tratta piuttosto di un ordine etico-giuridico, cioè di un ordine di principi che si concretizzano e si articolano nella storia dei popoli in vario modo, ma che non possono mai essere catturati una volta per tutte (donde l'opposizione alla codificazione). Il diritto che s'incontra nel presente non è altro che la manifestazione di un ordine che si sviluppa storicamente e i cui principi riposano — come s'esprime Savigny — nella «destinazione etica dell'umanità», ma possono venire colti solo all'interno di un'esperienza culturale specifica e, quindi, già in certo qual modo vissuti, interpretati, attualizzati. Tuttavia questo adattamento delle matrici genetiche del diritto alla multiformità d'espressione dello spirito dei popoli non è una riduzione culturalistica dell'ampiezza transculturale dei principi quanto piuttosto il modo stesso della loro esistenza, che è sempre storicamente determinata ma mai storicamente esaurita. Ovviamente questi principi, patrimonio comune della grande tradizione giuridica, non debbono essere intesi come la generalizzazione dei dati positivi, ma come l'elemento vitale che genera le varie configurazioni giuridiche e sopravvive ad esse, cosicché il metodo della scienza del diritto ha «l'obiettivo di risalire fino alla radice di ogni materiale dato, per scoprire così il principio organico per mezzo del quale ciò che è ancora vitale deve separarsi spontaneamente da ciò che è ormai morto e appartiene solo alla storia»⁶.

Il fatto che questa concezione sia sostenuta da una filosofia della storia palesemente antiquata non ha per il momento alcuna importanza. Il mio intento è soltanto quello di sottolineare l'attenzione di Savigny per la dimensione potenziale dell'ordine giuridico. Da una parte non si può dire che esso non abbia una sua specifica configurazione, poiché è un prodotto della storia e come tale è anche contingente, ma, dall'altra, è suscettibile di correzioni, pur salvando la sua sostanziale continuità. Da una parte quanto più tende alla specificazione tanto più diviene effimero, ma, dall'altra, quanto più non si lascia imprigionare dalle concrezioni storiche tanto più guadagna in apertura e universalità. L'ordinamento appare così al contempo come frutto di una necessità intrinseca e come libera creazione del «popolo»⁷. D'altronde Savigny gioca sull'ambiguità della positività, che,

⁶ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Hildesheim, 1967, pp. 117-118.

⁷ F. C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (1840-1849), trad. di V. Scialoja, Torino, 1886, I, pp. 43-45.

da una parte, indica qualcosa di presupposto, di già dato (*immer schon gegeben sein*) e, dall'altra, fa riferimento alla produzione creativa della volontà umana.

L'esigenza di custodire la dimensione potenziale dell'ordine giuridico per evitare che cada nell'assoluta determinatezza storica dell'ordinamento è ben visibile nell'insistente distinzione tra l'origine e le fonti del diritto⁸. L'origine del diritto, come quella della lingua, è invisibile e, perciò, è vano andare alla ricerca di una prova documentaria⁹. Ciò significa che è impossibile catturare le radici profonde del diritto. Il sistema delle fonti ne esce relativizzato e incapace di un assetto definitivo. I rapporti gerarchici tra le varie fonti del diritto sono mutevoli e risentono delle variazioni culturali. La dottrina dell'origine del diritto riceverà ad opera di Puchta una direzione nel senso di una metafisica razionalistica, ma questo è il segno dell'incapacità della scienza di tollerare un sapere di sfondo, che lascia ampio margine all'indeterminatezza e all'incertezza.

Questa dimensione potenziale dell'ordine giuridico, che lo protegge dall'ingabbiamento totale nella determinatezza socio-strutturale, mi appare come l'esigenza più interessante che sta anche sotto la tematica attuale del mondo della vita. Questo si presenta oggi nelle vesti di un contesto non aggirabile e di un sapere inesauribile¹⁰. Ha una determinatezza culturale che non contrasta con la sua apertura. I vantaggi che offre al pensiero giuridico riguardano il problema della continuità del diritto, che è inscindibile da quello dell'evoluzione giuridica e che richiede una certa potenzialità dell'ordinamento. Ma nel pensiero di Savigny non c'è solo questo.

Ho già detto che all'origine della nostra cultura giuridica non c'è soltanto l'anticipazione della tematica del mondo della vita, ma anche quella dei sistemi autoreferenziali. Il mondo del diritto è per Savigny palesemente *riflessivo* nel senso che la sistematicità intrinseca del suo sviluppo riflette su se stessa, generando quelle categorie concettuali che sono il sistema della conoscenza giuridica¹¹. La scien-

⁸ È stato notato che è la *Rechtentstehungslehre* e non già la *Rechtsquellenlehre* la caratteristica fondamentale della Scuola storica. Cfr. P. Caroni, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des «Berufes»*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germ. Abt., 1969 (86), p. 144 e anche A. Dufour, *La théorie des sources du droit dans l'École du Droit historique*, in «Archives de philosophie du droit», 1982 (27), p. 97.

⁹ Savigny, *Beruf*, cit., pp. 8 e ss.

¹⁰ A. Schütz-T. Luckmann, *Strukturen der Lebenswelt*, Frankfurt am Main, 1979, p. 29 e anche J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, trad. di P. Rinaudo, Bologna, Il Mulino, 1986, II, p. 724.

¹¹ Questo processo appare più vicino alla «riflessione» che alla «riflessività». Per la

za è così un elemento pienamente interno al mondo del diritto fino al punto che il giurista diviene il rappresentante dello spirito del popolo. Si può dire che l'universo giuridico non solo si crea i suoi giuristi in grado di osservare se stesso in quanto distinto da altro¹², ma anche affida ad essi le sorti del suo stesso sviluppo. La differenziazione del sistema giuridico è operata dall'attribuzione all'evoluzione del diritto della razionalità propria del giurista. Con ciò è posto il principio della piena coestensività tra scienza giuridica e diritto, che non soltanto è rivolto contro l'origine volontaristica del diritto codificato, ma anche conduce ad un'eliminazione progressiva della dimensione potenziale dell'ordine giuridico.

Da una parte Savigny nota che il diritto, come la lingua e i costumi, appartiene alle energie e attività di un unico popolo e che «tutte queste manifestazioni non hanno un'esistenza separata»¹³, ma dall'altra afferma che il diritto ha un'esistenza per sé stante (*selbstständiges Daseyn*)¹⁴. Solo attraverso la scienza il diritto raggiunge la sua identità subsistemica. Qui è paese la considerazione dei processi cognitivi come parte stessa della realtà giuridica con il conseguente passaggio dall'osservazione all'auto-osservazione. Affinché il diritto riproduca se stesso con il solo aiuto degli elementi da cui è costituito, che sono appartenenti ad una tradizione storica in atto nel senso di una *Gelehrten-geschichte*, ha bisogno del meccanismo dell'autoreferenza, che è possibile solo chiamando in causa la scienza e inserendola nello sviluppo del diritto stesso. Da Savigny a Kelsen questo è un dato costante della storia del nostro pensiero giuridico, che non a caso attribuisce al sistema della scienza il ruolo di legittimazione e di fondazione del diritto. L'opposizione alla codificazione è da parte di Savigny una difesa dell'internalizzazione dei processi di riproduzione del diritto nei confronti della legittimazione meramente politica.

Quando il sistema giuridico non potrà più svolgere questo ruolo di autofondazione del diritto, perché al tramonto del sistema assiomatico di tipo gerarchico subentrerà il modello circolare di sistema, senza principio né fine, con la conseguente crisi del fondazionismo, allora si sarà compiuta la piena fagocitazione del mondo della vita. La necessità della fondazione o della giustificazione appartiene alla fase in cui si passa dall'indifferenziato al differenziato, dal non anco-

distinzione tra questi due meccanismi riflessivi rinvio a N. Luhmann, *Illuminismo sociologico*, trad. a cura di R. Schmidt, Milano, Il Saggiatore, 1983, pp. 114 e ss.

¹² *Ibidem*, p. XXXIX.

¹³ Savigny, *Beruf*, cit., p. 8.

¹⁴ Savigny, *Sistema*, cit., I, p. 336.

ra articolato alla determinatezza storica. Ma ora i sistemi non si qualificano più in relazione al loro ambiente, di fronte a cui sono chiamati a giustificarsi o a esibire i loro fondamenti. Se l'ambiente diviene irrilevante per il dinamismo interno dei sistemi, anche la fondazione non ha più alcuna rilevanza. Per l'esistenza del sistema basta la sua vitalità, cioè la sua capacità autoriproduttiva. Parafrasando Santi Romano, si può dire che un sistema c'è quando c'è, esiste quando esiste ed è vitale¹⁵. Il sistema diviene, così, il nuovo orizzonte della precomprensione costitutiva di senso secondo la felice intuizione di Wittgenstein: «non i singoli assiomi mi appaiono evidenti, ma un sistema in cui le conseguenze e le premesse si sostengono reciprocamente»¹⁶.

Se ci siamo rivolti al passato, è per mostrare che le origini della nostra cultura giuridica conoscono un momento aurorale in cui coesistono indifferenziate la tematica del mondo della vita e la problematica del sistema giuridico. Lo sviluppo successivo ha mostrato che il sistema ha bisogno del mondo della vita per nutrirsi, eroderlo e, infine, pienamente inglobarlo. I presupposti di questa vicenda si possono con il senno di poi intravedere già nel pensiero di Savigny. Ma allora c'è da chiedersi quale significato assuma nell'ambito del diritto questo ritorno del mondo della vita proprio nel momento in cui la teoria dei sistemi ha raggiunto una compiuta autosufficienza e circolarità. Mi limiterò a due osservazioni di carattere generale, una riguardante la problematica del sistema giuridico e l'altra relativa alla tematica del mondo della vita.

Nell'ambito del pensiero giuridico la problematica del sistema va sempre più chiaramente assumendo una direzione che non è certamente quella battuta dai sistemi autoreferenziali o autopoietici¹⁷. Non si tratta soltanto del fatto che ormai per la scienza giuridica il sistema della dogmatica non ha più alcun carattere fondativo e può servire soltanto come una giustificazione della giuridicità della decisione per la congruenza della soluzione con la logica del sistema costituito. Questo non costituirebbe ancora una prova della divaricazione tra pensiero giuridico e teoria sociologica dei sistemi, perché significherebbe soltanto il superamento del fondazionismo, cioè della prevalenza del sistema della conoscenza sul sistema della realtà. An-

¹⁵ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946², p. 50.

¹⁶ L. Wittgenstein, *Ueber Gewissheit — On Certainty*, ed. by G. E. M. Anscombe-G.H. von Wright, Oxford, Blackwell, 1969, p. 21.

¹⁷ Cfr. W. Krawietz, *Razionalità del diritto e teoria dei sistemi*, in *Teoria dei sistemi e razionalità sociale*, a cura di E. M. Forni, Bologna, Cappelli, 1986, pp. 101-119.

cor più si deve notare la progressiva difficoltà che la scienza giuridica contemporanea incontra nel mettere a punto una configurazione stabile e unitaria del sistema del diritto.

Le condizioni attuali della normativa giuridica impediscono la costruzione di un sistema unitario del tipo «a catena», che è quello proprio della dogmatica tradizionale. È possibile soltanto costruire micro-sistemi, che in piccola scala riproducono al loro interno e mantengono in vita nella sostanza la struttura della dogmatica tradizionale. Ma ciò non può dirsi per il sistema giuridico nel suo complesso. La sua unità sta soltanto nel riferimento delle norme ad un nucleo di principi stabili, che occupano il grado più alto della gerarchia delle fonti e che hanno senza dubbio un ruolo unificante, perché da essi promanano filoni di norme speciali¹⁸, ma che non hanno tra loro rapporti ben definiti¹⁹. Ma questo è troppo poco per continuare ad usare il concetto di sistema nel senso tradizionale. C'è, dunque, un'evidente equivocità tra l'attribuzione del carattere di "sistema" a tutto l'ordinamento giuridico e quella del medesimo carattere ai nuclei particolari di norme²⁰. Nel primo caso ci si riferisce al sistema oggettivo, nel secondo al sistema cognitivo. Quest'ultimo non copre più tutto il mondo del diritto, ma è solo una ricostruzione frammentaria di esso. Il sistema giuridico in senso stretto è solo un frammento di diritto. Al sistema unico subentra una pluralità di sistemi secondo i punti di vista, gli obiettivi particolari, i metodi di ricostruzione. In ogni caso bisogna riconoscere che la struttura del diritto è ormai pensata a somiglianza più di una trama complessa di relazioni che di una catena di concetti.

L'assunzione da parte della scienza giuridica della configurazione «a rete» del sistema pone, però, difficoltà notevoli. Il sistema a rete non ha né centro, né sommità, non dice riferimento ad un principio superiore né ad un valore supremo²¹. Di conseguenza gli elementi del diritto sono visti nell'ottica di un'interazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado e intensità. La struttura è solo una costruzione astratta, una rappresentazione

¹⁸ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 73.

¹⁹ Per una costruzione del sistema giuridico sulla base dei principi rinvio a C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983².

²⁰ L'equivocità esplode nell'espressione «poli-sistema», che ben si adatta al sistema a rete, ma non a quello a catena, che è proprio dei «micro-sistemi» normativi. Cfr. Irti, *op. cit.*, p. 72.

²¹ Cfr. W. Krawietz, *Identität oder Einheit des Rechtssystems? Grundlagen der Rechtsordnung in rechts- und gesellschaftstheoretischer Perspektive*, in «Rechtstheorie», 1985 (16), pp. 269 e 276-277.

parziale, temporanea e di comodo. Allora il problema dell'identità del sistema giuridico diventa di fondamentale importanza, perché bisogna individuare le interrelazioni «significative» (o utili).

Se infatti intendiamo il sistema giuridico ancora in senso tradizionale, cioè come caratterizzato dall'omogeneità degli elementi (le norme) e da una struttura a catena, allora non possiamo più parlare — come abbiamo visto — di sistema unico, ma solo di una miriade di nuclei sistematici, nessuno dei quali può pretendere di ricoprire interamente il campo della giuridicità. Ognuno di questi micro-sistemi è giuridico, ma manca un criterio globale d'identificazione della giuridicità, perché manca l'unità in senso forte del sistema. L'appello ai principi giuridici non è sufficiente non solo per la difficoltà di dare di essi un'interpretazione univoca, ma soprattutto perché i principi, comunque vengano intesi, non possono essere l'unico criterio per distinguere il giuridico dal non giuridico²². Essi non possono costituire la trama di sostegno della rete giuridica, ma solo la bussola per navigare nel mondo del diritto, cioè — fuor di metafora — una guida per l'interpretazione delle norme giuridiche, ovvero la ragion pratica a servizio del diritto. In questo senso i principi non possono sostituire il tradizionale criterio di validità, che seleziona in modo rigoroso il materiale giuridico.

Se poi, fatti più attenti alla ricca eterogeneità dei fattori presenti nel mondo del diritto e alla loro vitale interdipendenza, intendiamo il sistema giuridico in modo estremamente aperto²³, come una rete capace di catturare una realtà molto complessa, allora non è più possibile distinguere in modo chiaro il giuridico dal non giuridico. Questa rete prenderà senza distinzione pesci buoni e cattivi o, più esattamente, tutto ciò che catturerà sarà *ipso facto* giuridicamente significativo con il solo limite di una sistematicità debole, che per sfuggire al pericolo della riduttività deve rinunciare all'esigenza del rigore.

Nel primo caso non vi sarà il sistema unico, ma avremo assicurata la giuridicità interna dei micro-sistemi. Nel secondo avremo l'uni-

²² L'accento, allora, inevitabilmente dovrà cadere sulla dimensione istituzionale dell'assetto giuridico. Cfr. N. McCormick-O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidei, 1986. Si tratta di un istituzionalismo non più dominato dal diritto pubblico e costruito sulla base del concetto di *fatto istituzionale* di Searle, per cui regole e prassi sociale sono inscindibilmente congiunti.

²³ «Il sistema giuridico nel suo effettivo operare è un organismo complesso entro il quale interagiscono gli elementi della struttura o forma, della sostanza o contenuto, e della cultura». L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, trad. di G. Tarello, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 56.

cità del sistema, ma verrà meno la certezza della sua giuridicità. In ogni caso è tramontato il ruolo che ha avuto il sistema della scienza giuridica dall'Ottocento fino a Kelsen, cioè quello di controllo della giuridicità ovvero quello della fondazione. Se i sistemi sono molti, nessuno di essi è fondante in senso globale. Se il sistema è unico, non è più fondante in senso specificatamente giuridico. L'alternativa, che sembra allora porsi, può essere espressa in modo un po' estremistico dalla seguente formula: o diritto senza sistema o sistema senza diritto. Questa è la situazione di fatto in cui si trova la scienza giuridica ed è — come possiamo notare — ben distante da quella di Savigny.

Se, invece, da una prospettiva sociologica guardiamo al diritto come un sistema autopoietico, vediamo perseguite con decisione quelle finalità d'identificazione, di chiusura, di autonomia del sistema giuridico che sono da sempre state l'aspettativa delusa del giurista. Può apparire paradossale che siano i sociologi del diritto a difendere oggi ciò che ieri i giuristi proteggevano dai loro assalti. Certamente non bisogna confondere il concetto giuridico di sistema con quello sociologico. Tuttavia anche la teoria dei sistemi autopoietici ha le sue difficoltà da sormontare.

I tentativi volti ad accentuare la differenziazione e la specificazione dei sotto-sistemi non si possono spingere al di là di una certa soglia, quella che assicura l'appartenenza al sistema globale. Una proprietà strutturale di un sotto-sistema specifico deve in certo qual modo essere comunicata al sistema globale, altrimenti rischierebbe di sottrarre il settore particolare all'abbraccio onni-inclusivo della totalità sistemica. La logica interna di un sistema autopoietico dovrebbe portare alla piena emancipazione dal sistema globale con il risultato di una pronunciata frammentazione, che non esclude ovviamente le possibili interconnessioni e interazioni, ma che le rende del tutto contingenti, imprevedibili e, al limite, irrilevanti. Il risultato sarebbe in buona parte simile a quella disgregazione dell'universo sistemico in cui si muove oggi la scienza giuridica. Si corre allora ai ripari con la teoria della co-evoluzione, che, se non vuole essere intesa come una sorta di armonia prestabilita, deve coniugare la totale internalizzazione dell'evoluzione dei diversi sotto-sistemi con un certo ruolo concesso all'influsso dell'ambiente²⁴. Ma allora si deve riconoscere che l'autopoiesi è limitata e che la selezione delle innovazioni giuri-

²⁴ G. Teubner, *Evoluzione giuridica e autopoiesi*, trad. di A. Febbrajo, in «Sociologia del diritto», 1986 (13), p. 209.

diche è influenzata in certo qual modo da subsistemi non specificamente giuridici.

In più, se si afferma che il luogo in cui quest'influenza si esercita è rappresentato dall'azione concreta individuale²⁵, si esce decisamente dall'olismo sistemico, per cui anche l'interazione è questione di meccanismi selettivi, e si ripristina il ruolo della scelta individuale almeno come sede del confronto, della competizione e della composizione tra le varie aspettative provenienti dai plessi sistemici. Siamo, dunque, ad un passo da una rivalutazione dell'individuo e da una apertura alle «buone ragioni» dell'individualismo metodologico. L'azione individuale diventa, infatti, il punto di raccordo tra i sottosistemi al posto del sistema sociale globale.

Neppure un'autopoiesi limitata con tutte le cautele del caso riesce, però, a costituire una lettura sociologica convincente della teoria giuridica. Nell'epoca post-kelseniana i giuristi sono diventati molto più capaci di cogliere gli ineliminabili elementi extra-giuridici interni alla teoria giuridica. Così descrizioni sistemiche apparentemente «pure» mostrano corpi che continuano a dipendere dall'esterno. Persino la pretesa auto-referenzialità kelseniana — e a maggior ragione quella di Hart²⁶ — non può nascondere la provenienza e continua dipendenza extra-giuridica della norma fondamentale o della norma di riconoscimento. Non bisogna, perciò, confondere la configurazione strutturale del diritto con l'auto-descrizione della scienza giuridica.

Si può, dunque, affermare che oggi una delle differenze più macroscopiche tra scienza giuridica e teoria sistemica applicata al diritto consiste nel fatto che la prima va nella direzione di una progressiva separazione tra sistema della conoscenza e sistema della realtà, mentre al contrario la seconda insiste ed esalta l'indistinzione tra l'uno e l'altro. Ebbene, proprio quest'ultima posizione appare in piena continuità con quegli aspetti del pensiero giuridico tradizionale, di cui la teoria giuridica post-moderna si vuole liberare.

La crisi del «sistema giuridico» e della sua funzione storica ha condotto — com'è noto — alla rivalutazione di aspetti sacrificati dal formalismo dogmatico. L'attenzione è ora tutta rivolta alla problematica dell'interpretazione giuridica, alla sua dimensione ermeneutica, alla sua finalità essenziale che è quella di riconoscere la regola del caso particolare, del «giusto» in concreto. L'intento attuale della scienza giuridica non è più quello di costruire sistemi, ma d'indi-

²⁵ *Ibidem*, p. 210.

²⁶ Teubner qui trascura il fatto che la norma hartiana di riconoscimento è nella sostanza una regola sociale e, quindi, mal si adatta ad essere considerata «un'autodescrizione del diritto». Cfr. *Ibidem*, p. 205.

duare processi razionali che aiutino ad orientarsi nel mondo del disordine. Non starò a dilungarmi su questi tentativi a tutti noti a cominciare dall'annosa disputa tra pensiero topico e pensiero sistematico. M'interessa soltanto notare che la scienza giuridica ha ripreso coscienza del fatto che nel diritto è presente un'altra forma di vita oltre il sapere poetico o tecnico rappresentato dal pensiero sistematico. Mi riferisco evidentemente al sapere prammatico, che è un'altra modalità della ragion pratica, in cui il ruolo dell'individuo ha la prevalenza su quello del sistema.

Nel sapere prammatico solo conoscendo la situazione concreta si è in grado di cogliere tutto ciò che la legge in generale esige. Invece il sapere tecnico non ha bisogno di prendere in considerazione le situazioni concrete per formulare le sue regole. Nel sapere prammatico la legge è una guida che conduce alla determinazione del giusto in concreto, ma che per il suo carattere universale è suscettibile di essere corretta in relazione alla situazione concreta. Tale correzione non è però un andare oltre o contro la legge, ma trarre da essa la regola circostanziata che rispetta tendenzialmente tutte le sfaccettature della situazione. Nel sapere tecnico, invece, è la situazione che deve adattarsi alla rigidità della regola, sacrificando qualche sua componente.

Nel sapere prammatico si può registrare una tendenza alla pienezza e al rispetto di tutta la ricchezza della situazione, mentre nel sapere tecnico vige la logica del sacrificio e della riduzione. Già Aristotele aveva notato che nessuna scelta potrà considerarsi propriamente «etica» se conduce al sacrificio di qualche valore fondamentale²⁷. Ma per la metafisica della sicurezza di Hobbes (e anche di Gehlen) bisogna sacrificare almeno un po' della nostra libertà se vogliamo aver salva la vita.

La teoria dei sistemi si sforza di supplire alla soppressione del mondo dell'agire sia sottolineando la progressiva espansione dei sistemi verso una sempre maggiore complessità, che restringe l'ampiezza della rinuncia, sia mettendo in rilievo la contingenza e provvisorietà del sacrificio, che ne alleggerisce l'onere. Ma ciò non può smentire l'osservazione di Nietzsche, quando nota che «non esiste alcun "essere" al di sotto del fare . . . "colui che fa" è fittiziamente aggiunto al fare — il fare è tutto»²⁸.

La crescente attenzione della scienza giuridica per la teoria del-

²⁷ Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, cap. V.

²⁸ F. Nietzsche, *Genealogia della morale*, trad. di G. Colli e M. Montinari, Milano, Adelphi, 1984, p. 34.

l'argomentazione²⁹, la sostituzione del problema della fondazione (*Begründung*) con quello della giustificazione (*Rechtfertigung*)³⁰, l'assunzione di quello che, con espressione riassuntiva di diverse concezioni, possiamo chiamare «il punto di vista antropologico»³¹ sono il segno eloquente dell'apertura al sapere prammatico per troppo tempo esiliato dal mondo della razionalità giuridica. Ma dietro questa riscoperta dell'ambito del ragionevole c'è senza dubbio un'intuizione del mondo della vita, che a mio parere è ben diversa da quella difesa anche di recente da Habermas e che appartiene a quella dimensione del post-moderno proiettata verso il futuro.

Non siamo più, infatti, in presenza di una considerazione dell'agire nell'ottica della padronanza e del dominio delle situazioni. La logica dell'emancipazione è ancora troppo legata alla modernità e appartiene al passato. La costellazione illuministica «ragione-dominio del mondo-libertà-felicità» non funziona più. L'avvenire non si presenta più come aperto all'azione creatrice dell'uomo. La paura e l'incertezza, che i Lumi dovevano scacciare definitivamente, riappare in forme ancor più sconvolgenti. La scienza non ci dà più sicurezza e non è certo in grado di risolvere i problemi etici dell'umanità. Né si può sostenere che esista un sapere di sfondo comune. La sola comunanza oggi possibile sembra essere la comunanza nella paura, la *paura comune*. Ciò indubbiamente potrebbe condurre hobbesianamente a rafforzare i meccanismi di protezione e a sviluppare ancor più la logica del sacrificio. Ma la paura, per quanto sia comune, resta la più solitaria e individuale delle passioni. Essa è fondamentale rivolta alla vita umana e alla propria vita. Ma questa autocomprensione dell'uomo ha oggi anche un'altra faccia, che si presenta come opposta alla precedente. È quella della ricchezza della vita umana, della sua estrema plasticità, che appare come un pericolo mortale all'uomo di Gehlen, ma che costituisce lo sfondo irrinunciabile in cui si muove l'azione umana desiderosa di solcare il grande oceano del disordine, di dispiegare tutte le sue potenzialità e di orientarsi in tutte le complesse relazioni che abbiamo con il mondo. La conoscenza stessa è vista come attività, vita sensoria e motoria in una certa misura svincolata dall'ordine della natura³². Di conseguenza subentra-

²⁹ Qui è d'obbligo rinviare agli studi di Perelman.

³⁰ Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, p. 54, n. 3.

³¹ Con quest'espressione mi riferisco ad una grande varietà di posizioni, che vanno dalla sociologia comprendente all'ermeneutica e al «punto di vista interno» di Hart. Cfr. anche J. M. Broekman, *Law, Anthropology and Epistemology*, in *Man, Law and Modern Forms of Life*, ed. by E. Bulygin, J.-L. Gardies and I. Niiniluoto, Dordrecht, Reidel, 1985, pp. 15-42.

³² Gadamer ha notato che «l'uomo è quell'essere la cui condotta di vita è svincolata

no l'insicurezza e l'incertezza, che mostrano due volti contrastanti, quello della paura e quello dell'apertura alla ricchezza dell'esperienza³³.

L'istituzionalizzazione dei meccanismi di alleggerimento da una parte non è efficace fino in fondo e, dall'altra, depotenzia la ricchezza della vita. Ma anche il processo d'integrazione sociale e la formazione di istituzioni etiche³⁴ capaci di mediare una connessione tra le varie sfere dell'azione sono ancora troppo solidi per la fluidità delle relazioni intersoggettive, ancora troppo legati alla staticità della tradizione. A ragione Luhmann ha notato che «i solidi lastroni della morale galleggiano su un fondo molle»³⁵, il loro senso cambia rapidamente non soltanto a causa dell'evoluzione sociostrutturale, bensì anche per la sempre diversa posizione dell'individuo nei confronti del mondo. In quest'ottica anche il consenso, a cui si affida il coordinamento delle azioni nell'integrazione sociale, può essere inteso come un modo di legittimare la restrizione alla stessa stregua dei nessi funzionali di azioni nell'integrazione sistemica³⁶.

Allora l'ordine potenziale e il sapere di riserva assume come suo punto di riferimento o sua nuova collocazione non più la tradizione, né la storia, né la cultura, né il «popolo» di Savigny, ma l'individuo. Di conseguenza la ricerca di un'identità personale minimale come base per una teoria normativa dell'etica³⁷ e l'esplorazione delle varie forme di razionalità prammatica divengono la bussola necessaria di orientamento nel mondo del disordine.

Concludo, pertanto, rilevando che il carattere destrutturato e destrutturante del pensiero giuridico contemporaneo non deve essere considerato soltanto come mera disgregazione della gloriosa tradizione, ma anche come potenzialmente capace di cogliere l'innovazione, riscattando una volta tanto il giurista da quel ritardo culturale che si è soliti imputargli e insieme ponendo seri ostacoli all'identità del diritto

dall'ordine della natura» e il cui agire eccede ciò che è meramente necessario alla sopravvivenza. Cfr. H. G. Gadamer, *La ragione nell'età della scienza*, trad. di A. Fabris, Genova, Il Melangolo, 1982, pp. 56-57.

³³ Cfr. K.-H. Ladeur, *Perspektiven einer post-modernen Rechtsstheorie*, in «Rechtstheorie», 1985 (16), pp. 383-427.

³⁴ Cfr. J. Ritter, *Metafisica e politica*, trad. a cura di G. Cunico, Casale Monferrato, Marietti, 1983.

³⁵ N. Luhmann, *I fondamenti sociali della morale*, in «Fenomenologia e società», 1984 (7), p. 13.

³⁶ Cfr. Habermas, *op. cit.*, p. 795.

³⁷ Cfr. ad esempio, D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

³⁸ Ho sviluppato alcune delle idee qui esposte nella II edizione del mio *Autorità e ordine del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987.